

# TE Verg Bescheid 2010/3/5 N/0131-BVA/14/2009-35

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.2010

## Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §83

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied

der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, betreffend die Auftragsvergabe "Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, betreffend die Auftragsvergabe "Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009, wie folgt entschieden:

#### Spruch

##### I. römisch eins.

Dem Antrag, "die Ausscheidungsentscheidung betreffend die Antragstellerin für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 14.12.2009 wird für nichtig erklärt.

##### II. römisch zwei.

Dem Antrag, "die Zuschlagsentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft mbH, nach der beabsichtigt ist, den Zuschlag im Vergabeverfahren - Bauvorhaben Neubau KGW Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz II - offenes Verfahren, an die B\*\*\* für eine Vergabesumme von Euro 1.230.731,21 zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird stattgegeben. Dem Antrag, "die Zuschlagsentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft mbH, nach der beabsichtigt ist, den Zuschlag im Vergabeverfahren - Bauvorhaben Neubau KGW Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz römisch zwei - offenes Verfahren, an die B\*\*\* für eine Vergabesumme von Euro 1.230.731,21 zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 14.12.2009 wird für nichtig erklärt.

##### III. römisch drei.

Dem Antrag, "die Auftraggeberin zum Ersatz der Verfahrenskosten, sowie der für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entstehenden Kosten, einschließlich der Pauschalgebühren an die antragstellende Unternehmerin zu verpflichten", wird insofern stattgegeben, als die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.750,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen hat.

Das darüber hinaus gehende Begehren wird abgewiesen.

#### Begründung

##### 1. 1. Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als Teil eines Gesamtvorhabens als offenes Verfahren (Bauftrag im Oberschwellenbereich) durchgeführt. Die Ausschreibung wurde sowohl EU-weit als auch national (Amtlicher Lieferanzeiger, Salzburger Nachrichten) bekannt gemacht.

Auftraggeber ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien. Vergebende Stelle ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH Planen & Bauen - Region S, T, Vlb, 5020 Salzburg, Aignerstraße 8.

Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zuschlagskriterien sind der Gesamtpreis (Gewichtung mit 98%) und die angebotene Gewährleistungsfrist (Gewichtung mit 2%).

Insgesamt gaben drei Bieter, darunter die A\*\*\* und die B\*\*\*, Angebote ab. Die A\*\*\* legte mit ihrem am 3.8.2009 eingereichten Angebot das billigste Angebot. Von der Möglichkeit der Verkürzung der Mindestgewährleistungsfrist machte kein Bieter Gebrauch.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 4.8.2009.

Zur Angebotsprüfung zog der Auftraggeber die C\*\*\* (im Folgenden C\*\*\*) heran.

In seinem Angebot ("Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern") machte der Antragsteller für die Leistungsgruppe 57 (im Folgenden LG 57) 4 Subunternehmer, darunter die D\*\*\*, mit einem Anteil von jeweils 60% an der Gesamtleistung namhaft. Die Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" wurde vom Antragsteller jeweils leer gelassen.

Im Zuge der Angebotsprüfung forderte die C\*\*\* den Antragsteller mit Telefax vom 14.8.2009 zur Vorlage verschiedener Unterlagen auf:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zuge der Angebotsprüfung benötigen wir von Ihnen folgende Unterlagen:

- sämtliche Angaben der angekreuzten Punkte der "geforderten

Eignungsnachweise für Bauaufträge" liegt den Ausschreibungsunterlagen bei

- dieses ist ebenfalls von den Subunternehmern zu liefern, die von ihnen

angegeben wurden ... auch bei den Subunternehmern benötigen wir Angaben

über vergleichbare Referenzen mit Angabe von Bauherr und Ansprechpartnern

(mit Tel.-Nr.).

... wir bitten Sie die aufgeführten Unterlagen uns bis zum 20.8.2009 zur

Verfügung zu stellen."

Der Antragsteller übermittelte der C\*\*\* hierauf mit E-Mail vom 20.8.2009 ein als ersten Teil der geforderten Nachweise bezeichnetes Unterlagenkonvolut, das neben sonstigen Eignungsnachweisen des Antragstellers auch eine umfassende Referenzliste über von diesem durchgeführte Bauvorhaben enthalten hat.

Hinsichtlich der für die namhaft gemachten Subunternehmer verlangten Unterlagen verwies der Antragsteller im zitierten E-Mail vom 20.8.2009 darauf, dass die geforderten Unterlagen aufgrund der Betriebsurlaube seiner Subunternehmer noch nicht erstellt werden hätten können und sagte zu, diese aber ehestmöglich nachzureichen.

Seitens der C\*\*\* erfolgte auf das E-Mail des Antragstellers vom 20.8.2009 keine Rückmeldung bzw. Reaktion.

Mit E-Mail an die C\*\*\* vom 27.8.2009 übermittelte der Antragsteller nähere Angaben zu zwei in seiner am 20.8.2009 übermittelten Referenzaufstellung angeführten Projekten (HTBLVA, XXX und LKH XXX). Unter einem übermittelte der Antragsteller für die D\*\*\* eine 9-Seiten umfassende Referenzliste über von der D\*\*\* durchgeführte Bauvorhaben (Fischbauchlamellenkonstruktionen). Mit E-Mail an die C\*\*\* vom 27.8.2009 übermittelte der Antragsteller nähere Angaben zu zwei in seiner am 20.8.2009 übermittelten Referenzaufstellung angeführten Projekten (HTBLVA, römisch 30 und LKH römisch 30 ). Unter einem übermittelte der Antragsteller für die D\*\*\* eine 9-Seiten umfassende Referenzliste über von der D\*\*\* durchgeführte Bauvorhaben (Fischbauchlamellenkonstruktionen).

Am 27.8.2009 und am 2.9.2009 nahm die C\*\*\* mit der D\*\*\* telefonisch Kontakt auf und ersuchte diese um Zusendung einer Liste mit Ansprechpartnern und Telefonnummern.

Am 9.9.2009 fand ein Aufklärungsgespräch des Antragstellers mit der C\*\*\* zur vertieften Angebotsprüfung statt. In diesem Aufklärungsgespräch legte sich der Antragsteller hinsichtlich seiner im Angebot angegebenen 4 möglichen Subunternehmer auf die D\*\*\* fest. Dies wurde auch im Besprechungsprotokoll vom 9.9.2009 festgehalten. Im Zuge dieses Aufklärungsgesprächs wurde der Antragsteller weiters von der C\*\*\* erstmalig zur Übermittlung einer Referenzliste mit Ansprechpartnern und Telefonnummern des Subunternehmers D\*\*\* aufgefordert und ihm hierfür eine Frist bis 17.9.2009 gesetzt.

Der Vergabevorschlag der C\*\*\* lautete auf das in ihrem Vergabevermerk vom 11.12.2009 als das "wirtschaftlichste" Angebot bezeichnete Angebot der B\*\*\* (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger) zu einem Angebotspreis von Euro 1.230.731,22,-- (exkl. USt.)

Zum Angebot der A\*\*\* wurde im Vergabevermerk festgehalten, dass nach Prüfung der Referenzen erkennbar geworden sei, dass die D\*\*\* bisher weder eine vergleichbare Anlage in dieser Größenordnung ausgeführt habe noch Erfahrungen bei der Erstellung einer Anlage mit vergleichbarer Technologie nachweisen könne. Die A\*\*\* habe lediglich zwei Referenzen vorgelegt, von denen eine noch nicht ausgeführt worden sei und die andere, im Jahr 2000- 2001 ausgeführte Anlage, eine bewegliche, waagrecht liegende Anlage mit Steuerung betroffen habe, die mit der ausgeschriebenen Anlage nicht vergleichbar sei.

Die Zuschlagsentscheidung erging in der Folge zu Gunsten der B\*\*\* und wurde den Bietern, einschließlich der A\*\*\* mit Telefax der Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region S, T, VlbG, 5020 Salzburg, Aignerstraße 8, vom 14.12.2009 zur Kenntnis gebracht. Begründend wurde darin ausgeführt, dass die B\*\*\* entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Preis 98%, Gewährleistung 2%) als Bestbieter ermittelt worden sei.

Mit demselben Schreiben wurde die A\*\*\* vom Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt. Begründend wurde hierfür angeführt, dass die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen ergeben habe, dass weder ihr Unternehmen noch das des genannten Subunternehmers D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils mit 60%) vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung sei daher nicht erbracht worden. Ihr Angebot sei daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und gemäß § 129 Abs. 2 BVergG (mangelnde Aufklärung) ausgeschieden worden. Mit demselben Schreiben wurde die A\*\*\* vom Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt. Begründend wurde hierfür angeführt, dass die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen ergeben habe, dass weder ihr Unternehmen noch das des genannten Subunternehmers D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils mit 60%) vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung sei daher nicht erbracht worden. Ihr Angebot sei daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG (mangelnde Aufklärung) ausgeschieden worden.

Mit Schriftsatz vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009 brachte die A\*\*\* (im Folgenden Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in den Spruchpunkten I und II wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30.12.2009, GZ N/0131-BVA/14/2009-EV9, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der Verfahrenskosten, sowie der Kosten für das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung einschließlich der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten (siehe Spruchpunkt III). Mit Schriftsatz vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009 brachte die A\*\*\* (im Folgenden Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30.12.2009, GZ N/0131-BVA/14/2009-EV9, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der Verfahrenskosten, sowie der Kosten für das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung einschließlich der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten (siehe Spruchpunkt römisch drei).

In seinem Schriftsatz vom 28.12.2009 brachte der Antragsteller zusammenfassend vor:

Der Auftraggeber führe eine Ausschreibung für die Vergabe eines Bauauftrages bezüglich des Bauvorhabens Neubau

KGW-Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz II, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durch. Der Auftraggeber führe eine Ausschreibung für die Vergabe eines Bauauftrages bezüglich des Bauvorhabens Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz römisch zwei, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durch.

Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Kriterien Gesamtpreis (Gewichtung mit 98%) und angebotene Gewährleistungsfrist (en) (Gewichtung mit 2%), erteilt werden.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein Angebot gelegt und dieses bei der entsprechenden Stelle in der vorgesehenen Form eingebracht.

Mit dem Antragsteller per Telefax am 14.12.2009 übermittelten Schreiben habe ihm der Auftraggeber unter dem Titel "Bekanntgabe der Zuschlags- und Ausscheidensentscheidung" mitgeteilt, dass das Angebot der B\*\*\*, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei und beabsichtigt sei, dieser den Zuschlag zu erteilen.

Die Begründung sei gewesen, dass die B\*\*\* entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Preis 98%, Gewährleistung 2%) als Bestbieter ermittelt worden sei.

Die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers sei mit der Begründung erfolgt, dass die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen ergeben habe, dass weder das Unternehmen des Antragstellers noch das des genannten Subunternehmers, der D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils mit 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesener Maßen ausgeführt hätten. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung sei daher nicht erbracht worden.

Der Auftraggeber habe im Schreiben vom 14.12.2009 die Zuschlagsentscheidung bzw. die Ausscheidensentscheidung nicht bzw. mangelhaft begründet, sodass diese intransparent seien. Der Auftraggeber habe lediglich ausgeführt:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Es ist beabsichtigt, den Zuschlag an die B\*\*\* zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt Euro 1.230.731,21 (zuzügl. gesetzl. USt.). Die B\*\*\* wurde entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Preis 98%, Gewährleistungsfrist 2%) als Bestbieter ermittelt.

Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider aus folgenden Gründen auszuschneiden war:

Die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen hat ergeben, dass weder Ihr Unternehmen noch das der genannten Subunternehmerin, D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt haben. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung wurde daher nicht erbracht. Ihr Angebot wurde daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und Abs. 2 (mangelnde Aufklärung) BVergG 2006 ausgeschieden. Die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen hat ergeben, dass weder Ihr Unternehmen noch das der genannten Subunternehmerin, D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt haben. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung wurde daher nicht erbracht. Ihr Angebot wurde daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und Absatz 2, (mangelnde Aufklärung) BVergG 2006 ausgeschieden.

Die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 endet am 28.12.2009. Wir bedanken uns für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben..." Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 endet am 28.12.2009. Wir bedanken uns für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben..."

Mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. Ausscheidensentscheidung wären gemäß § 131 iVm § 129 Abs. 3 BVergG die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes objektiv nachvollziehbar bekannt zu geben gewesen. Neben der Vergabesumme und einer

lapidaren Begründung, dass weder der Antragsteller noch dessen Subunternehmer vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten, habe das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2009 jedoch keines der gesetzlich geforderten Elemente enthalten. Der Auftraggeber habe nämlich mit keinem Wort eingehend begründet, welche Merkmale und Vorteile das Angebot der B\*\*\* aufweise. Die Niederschrift der Angebotswahl habe jedoch eine detaillierte verbale Begründung oder eine Begründung mit Worten zu enthalten. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Begründung sei vergaberechtswidrig. Mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. Ausscheidensentscheidung wären gemäß Paragraph 131, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz 3, BVergG die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes objektiv nachvollziehbar bekannt zu geben gewesen. Neben der Vergabesumme und einer lapidaren Begründung, dass weder der Antragsteller noch dessen Subunternehmer vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten, habe das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2009 jedoch keines der gesetzlich geforderten Elemente enthalten. Der Auftraggeber habe nämlich mit keinem Wort eingehend begründet, welche Merkmale und Vorteile das Angebot der B\*\*\* aufweise. Die Niederschrift der Angebotswahl habe jedoch eine detaillierte verbale Begründung oder eine Begründung mit Worten zu enthalten. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Begründung sei vergaberechtswidrig.

Aus dem vorliegenden E-Mail-Verkehr mit dem C\*\*\* sei ersichtlich, dass sowohl das antragstellende Unternehmen wie auch dessen Subunternehmer sämtliche geforderten Unterlagen nachgereicht hätten.

Insbesondere aus dem E-Mail des Subunternehmers vom 2.9.2009 sei ersichtlich, dass dieses Unternehmen bei sämtlichen größeren Projekten als Subunternehmer diverser Fassaden- und Metallbauunternehmen tätig gewesen sei, was wiederum durch die vom Subunternehmer vorgelegte Referenzliste belegt werde (vgl. hierzu das E-Mail des antragstellenden Unternehmens vom 18.11.2009). Weiters sei aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, dass insbesondere aus den Referenzen des antragstellenden Unternehmens hervorgehe, dass dieses schon Bauprojekte mit einer wesentlich höheren Vergabesumme erhalten und betreut habe. In diesem Zusammenhang werde insbesondere auf das Mail des antragstellenden Unternehmens vom 27.8.2009 verwiesen, worin E\*\*\* von dem oben erwähnten Architekturbüro darauf hingewiesen worden sei, dass bei einem anderen Bauvorhaben, bei welchem ebenfalls die hier tätige Gesellschaft als Auftraggeber aufscheine, ebenso ein außenliegender Sonnenschutz aus Alulamellen, vertikal angeordnet, inklusive Steuerung zur Ausführung komme. Insbesondere aus dem E-Mail des Subunternehmers vom 2.9.2009 sei ersichtlich, dass dieses Unternehmen bei sämtlichen größeren Projekten als Subunternehmer diverser Fassaden- und Metallbauunternehmen tätig gewesen sei, was wiederum durch die vom Subunternehmer vorgelegte Referenzliste belegt werde (vergleiche hierzu das E-Mail des antragstellenden Unternehmens vom 18.11.2009). Weiters sei aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, dass insbesondere aus den Referenzen des antragstellenden Unternehmens hervorgehe, dass dieses schon Bauprojekte mit einer wesentlich höheren Vergabesumme erhalten und betreut habe. In diesem Zusammenhang werde insbesondere auf das Mail des antragstellenden Unternehmens vom 27.8.2009 verwiesen, worin E\*\*\* von dem oben erwähnten Architekturbüro darauf hingewiesen worden sei, dass bei einem anderen Bauvorhaben, bei welchem ebenfalls die hier tätige Gesellschaft als Auftraggeber aufscheine, ebenso ein außenliegender Sonnenschutz aus Alulamellen, vertikal angeordnet, inklusive Steuerung zur Ausführung komme.

Bei dem hier ausgeschriebenen Bauprojekt handle es sich um Serienanfertigungen und würde hier derselbe Motor in Verwendung gebracht werden, wie bei dem Bauvorhaben LKH XXX, bei welchem die Auftragssumme (Euro 2.142.107,--) wesentlich über der gegenständlichen Auftragssumme gelegen sei. Bei dem hier ausgeschriebenen Bauprojekt handle es sich um Serienanfertigungen und würde hier derselbe Motor in Verwendung gebracht werden, wie bei dem Bauvorhaben LKH römisch 30, bei welchem die Auftragssumme (Euro 2.142.107,--) wesentlich über der gegenständlichen Auftragssumme gelegen sei.

Die vom Auftraggeber getroffene Ausscheidensentscheidung sei weder objektiv nachvollziehbar noch begründet und damit für nichtig zu erklären.

Die Zuschlagsentscheidung sei - wie schon erwähnt - intransparent und werde aus den oben angeführten Gründen ebenfalls für nichtig zu erklären sein.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss, welches er dadurch dokumentiert habe, dass er am

Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin daran teilnehmen wolle. Durch den Auftrag hätte er einen Gewinn von Euro XXX,-- erwirtschaften können. Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss, welches er dadurch dokumentiert habe, dass er am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin daran teilnehmen wolle. Durch den Auftrag hätte er einen Gewinn von Euro römisch 30 ,-- erwirtschaften können.

Mindestens ebenso groß sei sein Interesse an der Auftragserteilung, da durch die erfolgreiche Ausführung des Werkes der gegenständliche Auftrag als Referenzprojekt in weiteren Vergabeverfahren angeführt bzw. auch privaten Interessenten genannt werden könnte.

Im Entgang dieser Vorteile bestehe auch der Schaden, welcher dem Antragsteller durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung an die B\*\*\* erwachsen würde.

Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung erachte sich der Antragsteller in nachgenannten subjektiven Rechten verletzt: In seinem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in seinem Recht auf Zuschlagserteilung, in seinem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der er selbst als beabsichtigter Zuschlagsempfänger genannt werde, in seinem Recht, dass kein anderes Unternehmen in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt werde, in seinem Recht auf Nichtausscheiden aus dem Verfahren, in seinem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in seinem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung und in seinem Recht auf Gleichbehandlung.

Hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung genau und detailliert verbal begründet, wäre der Antragsteller Bestbieter gewesen und seinem Angebot der Zuschlag erteilt worden. Hätte der Auftraggeber die Zuschlagskriterien genau geprüft, wäre der Antragsteller Bestbieter gewesen und ihm auch aus diesem Grund der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 5.1.2010 zum Nachprüfungsantrag Stellung wie folgt:

Der Auftraggeber habe seine Ausscheidensentscheidung sehr wohl entsprechend den gesetzlichen Vorgaben begründet, da der Antragsteller durch verzögerte und unvollständige Vorlage nicht entsprechender Unterlagen den Ausscheidensgrund gemäß § 129 BVergG gesetzt habe. Die vom Antragsteller zur Überprüfung seiner an den Subunternehmer D\*\*\* delegierten Leistungsfähigkeit übersendeten Unterlagen (Referenzen) hätten in ihrem objektiven Erklärungswert nicht der ausgeschriebenen Leistung entsprochen. Dies sei auch eindeutig aus dem Prüfbericht der vom Auftraggeber beauftragten C\*\*\* ersichtlich, worin festgehalten werde, dass die D\*\*\* über keinerlei Erfahrungen bei der Erstellung einer Anlage mit vergleichbarer Technologie verfüge. Der Auftraggeber habe seine Ausscheidensentscheidung sehr wohl entsprechend den gesetzlichen Vorgaben begründet, da der Antragsteller durch verzögerte und unvollständige Vorlage nicht entsprechender Unterlagen den Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, BVergG gesetzt habe. Die vom Antragsteller zur Überprüfung seiner an den Subunternehmer D\*\*\* delegierten Leistungsfähigkeit übersendeten Unterlagen (Referenzen) hätten in ihrem objektiven Erklärungswert nicht der ausgeschriebenen Leistung entsprochen. Dies sei auch eindeutig aus dem Prüfbericht der vom Auftraggeber beauftragten C\*\*\* ersichtlich, worin festgehalten werde, dass die D\*\*\* über keinerlei Erfahrungen bei der Erstellung einer Anlage mit vergleichbarer Technologie verfüge.

Ohne Aufklärung wäre eine Prüfung des Angebotes des Antragstellers gar nicht möglich gewesen, da der Antragsteller in seiner Subunternehmererklärung für ein und dieselbe Leistungsgruppe (LG 57) zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe 4 unterschiedliche Subunternehmer genannt habe. Dass dies mit den Subunternehmern offensichtlich nicht abgesprochen gewesen sei, ergebe sich schon daraus, dass zwei dieser eventuellen Subunternehmer, nämlich die B\*\*\* und die F\*\*\*, selbst jeweils Angebote abgegeben hätten.

Unabhängig von der Nennung dieser 4 eventuellen Subunternehmer habe es der Antragsteller unterlassen, anzugeben, dass er, um die ausgeschriebene Leistung erfüllen zu können, einen oder mehrere Subunternehmer zum Nachweis seiner eigenen Leistungsfähigkeit benötige. Dies allein stelle bereits einen unbehebbarer Mangel und somit einen zwingenden Ausscheidensgrund gemäß § 129 BVergG dar. Unabhängig von der Nennung dieser 4 eventuellen Subunternehmer habe es der Antragsteller unterlassen, anzugeben, dass er, um die ausgeschriebene Leistung erfüllen zu können, einen oder mehrere Subunternehmer zum Nachweis seiner eigenen Leistungsfähigkeit benötige. Dies allein stelle bereits einen unbehebbarer Mangel und somit einen zwingenden Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, BVergG dar.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 11.1.2010 begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG und brachte zusammengefasst vor: Der präsuntive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 11.1.2010 begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und brachte zusammengefasst vor:

Der Antragsteller wäre zu Folge der Angebotsbestimmungen (Pkt. 13) verpflichtet gewesen, unter anderem die technische Leistungsfähigkeit bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen bzw. hätte die technische Leistungsfähigkeit bereits zu diesem Zeitpunkt vorliegen müssen.

Tatsächlich habe der Antragsteller die Nachweise der eigenen technischen Leistungsfähigkeit und auch jene des in Aussicht genommenen Subunternehmers zu diesem Zeitpunkt nicht erbracht und sei die technische Leistungsfähigkeit diesbezüglich auch tatsächlich nicht vorgelegen. Das Angebot des Antragstellers wäre daher bereits zu diesem Zeitpunkt auszuschneiden gewesen, weshalb es dem Antragsteller an der Antragslegitimation mangle. Darüber hinaus habe es der Antragsteller unterlassen, die eigene technische Leistungsfähigkeit und jene des Subunternehmers durch entsprechende Referenzunterlagen bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen.

Davon abgesehen, sei das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen, da weder der Antragsteller noch der Subunternehmer vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten.

Beim vom Antragsteller genannten Referenzprojekt LKH-XXX (Auftragssumme Euro 2.142.107,--) entfalle auf den Sonnenschutz lediglich eine Auftragssumme von rund Euro 330.000,--. Der Rest habe sich auf Metallbauarbeiten bezogen. Beim gegenständlichen Projekt beziehe sich die Auftragssumme von rund Euro 1,2 Mio. auf "reinen" Sonnenschutz. Die Antragstellerin habe somit kein taugliches Referenzprojekt nachweisen und somit die technische Leistungsfähigkeit nicht nachweisen können. Aus diesem Grund sei das Angebot zwingend auszuschneiden gewesen. Der Einwand des Antragstellers der unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung gehe schon deshalb ins Leere, da das Angebot des Antragstellers bereits wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit und mangelnder Aufklärung ausgeschieden worden sei.

In Repliken vom 21.1.2010 zu den Stellungnahmen des Auftraggebers vom 5.1.2010 und den begründeten Einwendungen des präsuntiven Zuschlagsempfängers vom 11.1.2010 brachte der Antragsteller vor:

Der Antragsteller habe zeitgerecht jeweils auf Aufforderung des Auftraggebers hin sämtliche Nachweise erbracht. Da zum Zeitpunkt des Ausfüllens der Subunternehmererklärung noch nicht bekannt gewesen sei, welcher der in Erwägung gezogenen Subunternehmer tatsächlich zum Einsatz kommen würde, habe der Antragsteller hier mögliche potenzielle Subunternehmer angeführt. Dies entspreche auch den Anforderungen des Auftraggebers, als dieser in seinem Schreiben vom 14.8.2009 selbst anführe, dass für den Fall, dass sich das Feld der möglichen Subunternehmer eingeschränkt habe, dies auch mitzuteilen sei. Die in den Ausschreibungsunterlagen aus der Liste "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" angekreuzten Eignungsnachweise seien über Aufforderung rechtzeitig erbracht worden. Aus den übermittelten Unterlagen gehe eindeutig hervor, dass der Antragsteller über ausreichende Erfahrung bei der Erstellung einer Anlage mit vergleichbarer Technologie verfüge.

In Pkt. 13 "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" werde nicht festgehalten, dass die geforderten Referenzen der letzten 5 Jahre ihrem finanziellen Auftragswert nach mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt summenmäßig übereinstimmen müssten. Die Angebotssumme des gegenständlichen Bauvorhabens werde durch einen hohen Wiederholungsfaktor bzw. durch eine Serienfertigung erzielt, nicht jedoch durch eine höhere Komplexität verglichen mit den Referenzen des Antragstellers.

Die ausgeschriebene Oberfläche sei weiters vom jeweiligen Eloxal-Werk abhängig und werde auch vom präsuntiven Zuschlagsempfänger nicht selbst erstellt, sondern zugekauft. Der zu verwendende Linearantrieb (Motor) Fabrikat XXX stelle für sämtliche Anbieter (auch für den präsuntiven Zuschlagsempfänger) einen Zukauf dar. Die ausgeschriebene Oberfläche sei weiters vom jeweiligen Eloxal-Werk abhängig und werde auch vom präsuntiven Zuschlagsempfänger nicht selbst erstellt, sondern zugekauft. Der zu verwendende Linearantrieb (Motor) Fabrikat römisch 30 stelle für sämtliche Anbieter (auch für den präsuntiven Zuschlagsempfänger) einen Zukauf dar.

Die vom Antragsteller angeführten Referenzen seien ihrer Komplexität nach mindestens so hoch angesiedelt wie das gegenständliche Bauvorhaben. Die heran gezogenen Faktoren wie Lamellentyp, Eloxaloberfläche, Linearantrieb usw. seien für alle beteiligten Unternehmen Zukaufskomponenten und würden daher für jeden die ähnliche Basis

hinsichtlich Komplexität und technische Leistungsfähigkeit darstellen.

In einer Replik vom 8.2.2010 zur Replik des Antragstellers vom 21.2010 brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragsteller der Aufforderung der C\*\*\*, sämtliche Unterlagen, die zur Prüfung der Eignung des Antragstellers erforderlich seien, bis zum 20.8.2009 vorzulegen, jedenfalls nicht voll inhaltlich nachgekommen sei. Es sei unrichtig, dass dem Antragsteller zum Zeitpunkt des Ausfüllens der Subunternehmererklärung noch nicht bekannt gewesen sei, welcher der in Erwägung gezogenen Subunternehmer tatsächlich zum Einsatz kommen würde. Aufgrund der Tatsache, dass der Antragsteller die Subunternehmer benötige, um seine eigene Eignung nachzuweisen, sei es vielmehr so, dass der Antragsteller bereits vor Ausfüllen der Subunternehmererklärung eine verbindliche Erklärung der Subunternehmer benötigt hätte, dass diese die Leistung im Auftragsfall erbringen würden. Der Antragsteller habe von den von ihm angeführten Subunternehmern jedoch keine verbindlichen Erklärungen vorliegen gehabt, was bereits daraus ersichtlich sei, dass zwei der bekannt gegebenen Subunternehmer selbst Angebote gelegt hätten. Der sodann im Zuge der Angebotsprüfung genannte Subunternehmer D\*\*\* verfüge nach den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen nicht über die technische Leistungsfähigkeit des ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes. Jedenfalls habe der Antragsteller innerhalb der ihm gesetzten Frist keine entsprechenden Referenzunterlagen, die die technische Leistungsfähigkeit darlegen würden, vorgelegt. Der Auftraggeber habe den Antragsteller ausgeschieden, da dessen technische Leistungsfähigkeit zur Herstellung der ausgeschriebenen Leistung unabhängig von einer summenmäßigen Vorgabe nicht gegeben gewesen sei.

Mit Schriftsatz vom 10.2.2010 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine weitere Stellungnahme, in der er im Wesentlichen unter Wiederholung seines bisherigen Vorbringens darauf hinwies, dass der Antragsteller einen oder mehrere erforderliche Subunternehmer zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit benötigt hätte. Bereits die Unterlassung dieser Angabe stelle einen unbehebbarer Mangel dar, der zur zwingenden Ausscheidung führe.

Am 26.2.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien im Wesentlichen ergänzend vorbrachten:

- -Strichaufzählung

Zur Einschränkung der im Angebot namhaft gemachten Subunternehmer auf den Subunternehmer D\*\*\*:

Die Eingrenzung sei im Aufklärungsgespräch mit der C\*\*\* am 9.9.2009 erfolgt (C\*\*\*, E\*\*\*).

Der Antragsteller (G\*\*\*) gab zum Subunternehmer D\*\*\* an, dass es sich bei diesem um ein "normales" Metallbauunternehmen bzw. Schlosserunternehmen handle, das sich allerdings in den letzten Jahren schwerpunktmäßig auf Sonnenschutzkonstruktionen spezialisiert habe.

Im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern seien alle in Erwägung gezogenen Subunternehmer entsprechend der Vorgabe in der Ausschreibung angegeben worden. Mit jedenfalls 3 der angegebenen Subunternehmer sei über Angebote gesprochen worden, ein Angebot der D\*\*\* habe es von Anfang an gegeben. Der Antragsteller legte dem Bundesvergabeamt hierzu ein mit 23.7.2009 datiertes Angebot der D\*\*\* zur Erbringung der Leistungen der LG 57 des Leistungsverzeichnisses vor.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bestritt, dass es von seiner Seite eine Bereitschaft, für den Antragsteller als Subunternehmer tätig zu werden, gegeben habe.

- -Strichaufzählung

Zu den von der D\*\*\* vorzunehmenden Tätigkeiten:

Der Antragsteller (H\*\*\*) bestätigte, dass die von der D\*\*\* vorzunehmenden Tätigkeiten so erfolgen würden, wie dies im Besprechungsprotokoll mit der C\*\*\* vom 9.9.2009 festgehalten worden sei.

G\*\*\* gab zu Protokoll, dass die Montage der von der D\*\*\* zur Gänze vorgefertigten Teile vor Ort ausschließlich vom Antragsteller unter Heranziehung des eigenen Personals vorgenommen werde. Die D\*\*\* nehme bloß eine Einschulung vor und sei bei der weiteren Montage überwiegend nicht anwesend.

Zur LG 57 führte die C\*\*\* (E\*\*\*), dass es sich hierbei um einen beweglichen außenliegenden Sonnenschutz aus Lamellen handle, der pro Büro installiert werde. Dabei würden 6 Lamellen mit einem Motor jeweils eine Einheit darstellen. Einen geringeren Anteil an der LG 57 würde auch die Anbringung von Innenlamellen ausmachen.

Gegenständlich handle es sich um keine seriell vorgefertigte, sondern um eine individuell zu fertigende Anlage.

Der Antragsteller (G\*\*\*) replizierte, dass der Antragsteller regelmäßig mit hohem Engineering-Einsatz Sonderanfertigungen fertige. Beim gegenständlichen Projekt sei lediglich die Oberfläche eine spezielle Oberfläche, die für den Antragsteller schwer zu "finden" gewesen sei.

Die in LG 57 beschriebenen Tätigkeiten könne der Antragsteller selbst ausführen und nehme der Antragsteller solche Tätigkeiten auch vor. Um seine Ressourcen und Kapazitäten zu fokussieren, bediene sich der Antragsteller jedoch auch immer wieder Subunternehmer.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger gab an, dass auch von ihm die Oberfläche zugekauft werde. Auch die Motoren kaufe der präsuntive Zuschlagsempfänger zu, die Steuerungstechnik werde jedoch selbst konstruiert.

- -Strichaufzählung

Zu den Referenzen des Antragstellers und der D\*\*\*:

Die Vorsitzende hielt fest, dass nach mit Telefax der C\*\*\* ergangener Aufforderung zur Unterlagenvorlage vom 14.8.2009 ein E-Mail des Antragstellers an die C\*\*\* vom 20.8.2009 ergangen sei, dem unter anderem ein Konvolut von rund 100 Referenzprojekten des Antragstellers aus dem Baubereich angeschlossen gewesen sei.

Die C\*\*\* (E\*\*\*) bestätigte, dieses Beilagenkonvolut mit dem E-Mail des Antragstellers vom 20.8.2009 erhalten zu haben und stellte fest, dass es sich hierbei um ausschließlich den Fassadenbaubereich zuzuordnende Projekte gehandelt habe. Den Sonnenschutz betreffend, seien hiezu nur zwei Projekte enthalten gewesen, wobei eines der Projekte noch in Ausführung gestanden sei.

Der Antragsteller (G\*\*\*) hielt fest, dass auch bei den Fassadenprojekten innenliegende Sonnenschutzarbeiten inkludiert gewesen seien; auch solche mit elektronischer Steuerung. Bei diesen Sonnenschutzarbeiten seien sowohl Serienprodukte als auch Einzelanfertigungen dabei gewesen.

Der Antragsteller (H\*\*\*) gab an, dass auf das E-Mail des Antragstellers an die C\*\*\* vom 20.8.2009, in dem hinsichtlich der Unterlagen der Subunternehmer darauf hingewiesen worden sei, dass sich die Subunternehmer auf Betriebsurlaub befinden, würden, die Unterlagen aber ehest möglich nachgereicht würden, keine Reaktion der C\*\*\* ergangen sei.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger bemerkte, zum fraglichen Zeitpunkt nicht auf Betriebsurlaub gewesen zu sein.

Die Vorsitzende hielt fest, dass am 27.8.2009 ein weiteres E-Mail des Antragstellers an die C\*\*\* ergangen sei, mit dem ergänzende Angaben zu den Sonnenschutzprojekten HTBLVA XXX und LKH XXX des Antragstellers geliefert worden seien. Weiters habe der Antragsteller mit diesem Mail ein 9-seitiges Konvolut an Referenzen für die D\*\*\* vorgelegt. Die Vorsitzende hielt fest, dass am 27.8.2009 ein weiteres E-Mail des Antragstellers an die C\*\*\* ergangen sei, mit dem ergänzende Angaben zu den Sonnenschutzprojekten HTBLVA römisch 30 und LKH römisch 30 des Antragstellers geliefert worden seien. Weiters habe der Antragsteller mit diesem Mail ein 9-seitiges Konvolut an Referenzen für die D\*\*\* vorgelegt.

Am 17.9.2009 sei ein weiteres E-Mail des Antragstellers an die C\*\*\* ergangen, mit dem eine die Ansprechpartner und die Telefonnummern enthaltende Referenzliste des Subunternehmers D\*\*\* übermittelt worden sei.

Die C\*\*\* (E\*\*\*) und auch der Antragsteller (H\*\*\*) bestätigten, dass der Antragsteller in der Besprechung am 9.9.2009 erstmalig zur Vorlage einer Liste mit den Ansprechpartnern und den Telefonnummern für den Subunternehmer D\*\*\* aufgefordert worden sei. Vor diesem Zeitpunkt habe die C\*\*\* zweimal telefonisch Kontakt mit dem Subunternehmer D\*\*\* direkt aufgenommen.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers bemerkte, dass in der Ausschreibung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit weder eine Mindestanzahl an Referenzprojekten noch ein Mindestauftragswert festgelegt gewesen seien.

Der Auftraggeber (I\*\*\*) replizierte, dass dies für die gegenständlich zu beurteilende technische Leistungsfähigkeit nicht von Relevanz sei, da es hier um den Bezug zur auftragsgegenständlichen Leistung gehe.

Der Antragstellervertreter bestritt Letzteres.

## Rechtliche Beurteilung:

### A. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Oberschwellenbereich (vgl. §§ 12 Abs. 1 Z 3, 14 Abs. 1 und Abs. 3 BVergG). Der Bauauftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens. Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro XXX Mio (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sonnenschutz II" beträgt Euro 1.317.060,-- (exkl. USt.). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich vergleiche Paragraphen 12, Absatz eins, Ziffer 3, 14, Absatz eins und Absatz 3, BVergG). Der Bauauftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens. Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro römisch 30 Mio (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sonnenschutz II" beträgt Euro 1.317.060,-- (exkl. USt.).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig.

### B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

#### 1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I und Spruchpunkt II: Zu Spruchpunkt römisch eins und Spruchpunkt II:

#### • -Strichaufzählung

Zur technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers:

Gemäß § 75 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zur erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zur erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden.

Gemäß § 70 Abs. 3 BVergG kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden. Gemäß Paragraph 70, Absatz 3, BVergG kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

Hinsichtlich der Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit wird in der einen Bestandteil der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen bildenden Beilage i) der Ausschreibungsunterlagen, "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", "Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach § 75 BVergG", unter Pkt. 13 eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (Referenzen) verlangt. Die nachzuweisenden Bauleistungen werden in keiner Weise - weder ihrer Art noch ihrem Umfang nach - näher konkretisiert. Der Nachweis

ist - wie auch die übrigen in der Beilage i) gekennzeichneten (angekreuzten) Eignungsnachweise - über Aufforderung innerhalb von sieben Werktagen zu erbringen. Hinsichtlich der Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit wird in der einen Bestandteil der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen bildenden Beilage i) der Ausschreibungsunterlagen, "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", "Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach Paragraph 75, BVergG", unter Pkt. 13 eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (Referenzen) verlangt. Die nachzuweisenden Bauleistungen werden in keiner Weise - weder ihrer Art noch ihrem Umfang nach - näher konkretisiert. Der Nachweis ist - wie auch die übrigen in der Beilage i) gekennzeichneten (angekreuzten) Eignungsnachweise - über Aufforderung innerhalb von sieben Werktagen zu erbringen.

Die vom Auftraggeber mit der Angebotsprüfung betraute C\*\*\* forderte den Antragsteller mit Telefax vom 14.8.2009 - entgegen der Festlegung in der Ausschreibung, wonach Unterlagen nach Aufforderung innerhalb von sieben Werktagen vorzulegen sind - zur Vorlage verschiedener Eignungsnachweisunterlagen bis 20.8.2009, somit zur Vorlage innerhalb von sechs Kalendertagen auf:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zuge der Angebotsprüfung benötigen wir von Ihnen folgende Unterlagen:

- -Strichaufzählung  
sämtliche Angaben der angekreuzten Punkte der "geforderten Eignungsnachweise für Bauaufträge" (liegt den Ausschreibungsunterlagen bei)
- -Strichaufzählung  
Dieses ist ebenfalls von den Subunternehmern zu liefern, die von Ihnen angegeben wurden... Auch bei den Subunternehmern benötigen wir Angaben über vergleichbare Referenzen mit Angabe von Bauherr und Ansprechpartnern (mit Tel.-Nr.)

...Wir bitten Sie die aufgeführten Unterlagen uns bis zum 20.08.2009 zur Verfügung zu stellen."

Der Antragsteller übermittelte der C\*\*\* entsprechend ihrer Aufforderung vom 14.8.2009 am 20.8.2009 per E-Mail ein als ersten Teil der geforderten Nachweise bezeichnetes Unterlagenkonvolut, das neben sonstigen Eignungsnachweisen des Antragstellers auch eine umfassende Referenzliste über von diesem durchgeführte Bauvorhaben enthalten hat.

Neben länger zurückliegenden Referenzleistungen und zum damaligen Zeitpunkt noch in Ausführung befindlichen Projekten umfasst diese Aufstellung allein aus dem konkret maßgeblichen Referenzzeitraum der letzten fünf Jahre nicht weniger als rund 100 vom Antragsteller durchgeführte Bauprojekte.

Auszugsweise seien etwa erwähnt: Die Ausführung von Stahl- und Alu-Portalen, von Glasdach- und Sonderkonstruktionen am XXX für den Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. mit einem Auftragswert von Euro 1.089.000,- im Jahr 2004, verschiedene Bauarbeiten am Bundesgymnasium XXX über eine Auftragssumme von Euro 1.321.600,- in den Jahren 2005 bis 2006, die Errichtung von Stahl- Alu- und Brandschutzelementen, Schiebekonstruktionen, Automatiktüren und Zwischenwandelementen am XXX über einen Auftragswert von ca. Euro 1.900.000,- in den Jahren 2003 bis 2007 etc. Auszugsweise seien etwa erwähnt: Die Ausführung von Stahl- und Alu-Portalen, von Glasdach- und Sonderkonstruktionen am römisch 30 für den Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. mit einem Auftragswert von Euro 1.089.000,- im Jahr 2004, verschiedene Bauarbeiten am Bundesgymnasium römisch 30 über eine Auftragssumme von Euro 1.321.600,- in den Jahren 2005 bis 2006, die Errichtung von Stahl- Alu- und Brandschutzelementen, Schiebekonstruktionen, Automatiktüren und Zwischenwandelementen am römisch 30 über einen Auftragswert von ca. Euro 1.900.000,- in den Jahren 2003 bis 2007 etc.

Hinsichtlich der im Telefax der C\*\*\* vom 14.8.2009 auch für die in seinem Angebot namhaft gemachten Subunternehmer verlangten Unterlagen verwies der Antragsteller in seinem E-Mail an die C\*\*\* vom 20.8.2009 darauf, dass die geforderten Unterlagen auf Grund der Betriebsurlaube seiner Subunternehmer noch nicht erstellt werden hätten können und sagte zu, diese aber ehestmöglich nachzureichen.

Mit E-Mail an die C\*\*\* vom 27.8.2009 übermittelte der Antragsteller nähere Angaben zu zwei bereits in seiner am 20.8.2009 übermittelten Referenzaufstellung angeführten Projekten: Zum Projekt HTBLVA XXX (Auftragssumme Euro

2.485.000,--, Glasfassadenarbeiten und außenliegender Sonnenschutz mit Alulamellen ca. 300 mm vertikal angeordnet inklusive Steuerung), das im Zeitpunkt der Angebotsöffnung allerdings noch nicht abgeschlossen war und zum bereits in den Jahren 2000 bis 2001 ausgeführten Projekt LKH XXX (Auftragssumme Euro 3.050.000,--, Durchführung von Pfosten-/Riegelfassade aus Alu, Stahlunterkonstruktion, beweglicher Sonnenschutz mit außenliegenden Alulamellen ca. 450 mm inkl. Steuerung mit übergeordneter RWA-Steuerung). Mit E-Mail an die C\*\*\* vom 27.8.2009 übermittelte der Antragsteller nähere Angaben zu zwei bereits in seiner am 20.8.2009 übermittelten Referenzaufstellung angeführten Projekten: Zum Projekt HTBLVA römisch 30 (Auftragssumme Euro 2.485.000,--, Glasfassadenarbeiten und außenliegender Sonnenschutz mit Alulamellen ca. 300 mm vertikal angeordnet inklusive Steuerung), das im Zeitpunkt der Angebotsöffnung allerdings noch nicht abgeschlossen war und zum bereits in den Jahren 2000 bis 2001 ausgeführten Projekt LKH römisch 30 (Auftragssumme Euro 3.050.000,--, Durchführung von Pfosten-/Riegelfassade aus Alu, Stahlunterkonstruktion, beweglicher Sonnenschutz mit außenliegenden Alulamellen ca. 450 mm inkl. Steuerung mit übergeordneter RWA-Steuerung).

Wie bereits festgehalten wurde, wird in der Ausschreibung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Referenzen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen ohne weitere Konkretisierung verlangt.

In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 20.12.2005, Zl.2005/04/0072, zu verweisen. Auch in dem damals vom VwGH zur beurteilenden Fall war als Eignungsnachweis lediglich eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen ohne jegliche weitere Spezifizierung verlangt gewesen. Die Beschwerdeführerin hatte eine Referenzliste über in den letzten zwei Jahren des 5-Jahres Zeitraumes erbrachte Bauleistungen vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber lediglich einen Nachweis gemäß § 57 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 (Anm.: nunmehr § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung habe die Beschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2003, 2004 und 2005) erbrachten - und somit aktuellen - Bauleistungen vorgelegt. In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 20.12.2005, Zl. 2005/04/0072, zu verweisen. Auch in dem damals vom VwGH zur beurteilenden Fall war als Eignungsnachweis lediglich eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen ohne jegliche weitere Spezifizierung verlangt gewesen. Die Beschwerdeführerin hatte eine Referenzliste über in den letzten zwei Jahren des 5-Jahres Zeitraumes erbrachte Bauleistungen vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber lediglich einen Nachweis gemäß Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 Anmerkung, nunmehr Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung habe die Beschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2003, 2004 und 2005) erbrachten - und somit aktuellen - Bauleistungen vorgelegt

hat." .... Der geforderte Nachweis wäre nur dann nicht erbracht worden,

hätte die Beschwerdeführerin keinerlei Bauleistungen aus den letzten fünf Jahren nachweisen können."

Auf den vorliegenden Fall übertragen, bedeutet dies, dass der Antragsteller, da die geforderten Referenzbauleistungen in der Ausschreibung in keiner Weise weiter umschrieben oder spezifiziert werden, den geforderten Eignungsnachweis nur dann nicht erbracht hätte, hätte er keinerlei Bauleistungen aus den letzten fünf Jahren nachweisen können. Hievon kann jedoch, zumal der Antragsteller eine durchaus eindrucksvolle Zahl von in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen nachweisen konnte, keine Rede sein.

Der Antragsteller erfüllt somit ohne Zweifel selbst die in der Ausschreibung normierten Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, sodass er die in seinem Angebot, Beilage h) der Ausschreibungsunterlagen ("Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern") namhaft gemachten Subunternehmer zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit nicht benötigt. Folgerichtig hat der Antragsteller in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern bei den vier angegebenen, für die Leistungsgruppe 57 in Betracht kommenden Subunternehmern auch jeweils die Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" unausgefüllt gelassen. [Vgl. auch Pkt. 7 Abs. 2 der Angebotsbestimmungen, wonach der Bieter in seinem Angebot anzugeben hat, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (Beilage h)]. Der Antragsteller erfüllt somit ohne Zweifel selbst die in der Ausschreibung normierten Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, sodass er die in seinem Angebot, Beilage h) der Ausschreibungsunterlagen ("Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern") namhaft gemachten Subunternehmer

zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit nicht benötigt. Folgerichtig hat der Antragsteller in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern bei den vier angegebenen, für die Leistungsgruppe 57 in Betracht kommenden Subunternehmern auch jeweils die Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" unausgefüllt gelassen. [Vgl. auch Pkt. 7 Absatz 2, der Angebotsbestimmungen, wonach der Bieter in seinem Angebot anzugeben hat, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (Beilage h)].

An dieser Stelle sei angemerkt, dass ein Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel des Subunternehmers in der bestandsfesten Ausschreibung für den Fall vorgesehen ist, dass der Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. [Vgl. Pkt. 7 2. Absatz der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen": "Weiters hat der Bieter in seinem Angebot anzugeben, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (Beilage h). In diesem Fall hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt (bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit)...."] Der Subunternehmer D\*\*\* ist zwar für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Antragstellers nicht erforderlich. Obgleich es sich bei der D\*\*\* somit um keinen eignungsrelevanten Subunternehmer handelt, hat der Antragsteller jedoch auch die Verfügbarkeit der Mittel seines Subunternehmers durch ein vom 23.7.2009 datierendes Angebot der D\*\*\* über die Erbringung der Leistungen der LG 57 nachgewiesen.

Der Auftraggeber und die Bieter sind an die mangels Anfechtung innerhalb der Fristen des § 321 BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen gebunden (vgl. VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 ua). Der Auftraggeber und die Bieter sind an die mangels Anfechtung innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen gebunden vergleiche VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233 ua).

Wenn nun der Auftraggeber hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit eine in der Ausschreibung nicht vorgesehene Vergleichbarkeit der Referenzanlagen hinsichtlich Größenordnung, Komplexität, Art (Sonnenschutzkonstruktionen) und Technologie mit den hier zu vergebenden Leistungen fordert und das Angebot des Antragstellers unter anderem mit der Begründung der mangelnden Vergleichbarkeit seiner Referenzleistungen ausgeschieden hat, so ist darin eine nachträgliche unzulässige Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen gelegen (vgl. EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse sowie etwa BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31; BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39 uva). Der Auftraggeber ist auch hinsichtlich der Art und des erforderlichen Ausmaßes an Eignung an seine in der Ausschreibung vorgenommenen Festlegungen gebunden (vgl. C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 70 Rz 23). Wenn nun der Auftraggeber hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit eine in der Ausschreibung nicht vorgesehene Vergleichbarkeit der Referenzanlagen hinsichtlich Größenordnung, Komplexität, Art (Sonnenschutzkonstruktionen) und Technologie mit den hier zu vergebenden Leistungen fordert und das Angebot des Antragstellers unter anderem mit der Begründung der mangelnden Vergleichbarkeit seiner Referenzleistungen ausgeschieden hat, so ist darin eine nachträgliche unzulässige Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen gelegen vergleiche EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse sowie etwa BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31; BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39 uva). Der Auftraggeber ist auch hinsichtlich der Art und des erforderlichen Ausmaßes an Eignung an seine in der Ausschreibung vorgenommenen Festlegungen gebunden vergleiche C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 70, Rz 23).

Eine wie hier nachträglich erfolgte Einziehung zusätzlicher spezieller, in der Ausschreibung nicht normierter Referenzkriterien zur Herstellung eines konkreten, in der Ausschreibung nicht vorhandenen Bezuges zur auftragsgegenständlichen Leistung ist demnach unzulässig.

- -Strichaufzählung

Zur technischen Leistungsfähigkeit des Subunternehmers des Antragstellers (D\*\*\*):

Was den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Subunternehmers D\*\*\* betrifft, ist zu bemerken, dass der Antragsteller die in seinem Angebot zur Leistungsgruppe 57 namhaft gemachten vier Subunternehmer im Aufklärungsgespräch vom 9.9.2009 zulässiger Weise auf einen Subunternehmer, nämlich die D\*\*\*, eingeschränkt hat (siehe das Besprechungsprotokoll über das Aufklärungsgespräch mit der C\*\*\* vom 9.9.2009).

Die Zulässigkeit der nachträglichen Eingrenzung der im Angebot zunächst namhaft gemachter Subunternehmer ergibt sich aus der Ausschreibung. So

lautet es im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern explizit: "... Sind

mir zum Angebotstermin die tatsächlich zum Einsatz kommenden Subunternehmer für einzelne Leistungen noch nicht bekannt, werden von mir alle in Erwägung gezogenen Subunternehmer nachstehend angeführt."; Vgl. hierzu weiters auch das Telefax der C\*\*\* an den Antragsteller vom 14.8.2009: "Sollte zwischenzeitlich sich das Feld ihrer möglichen Subunternehmer eingeschränkt haben, teilen Sie uns auch dies bitte mit."

Die Ausschreibung verlangt somit dezitiert, dass im Angebot zunächst sämtliche - selbst vom Bieter nur potentiell in Betracht gezogene - Subunternehmer namhaft zu machen sind und sieht gleichzeitig damit die Möglichkeit der nachträglichen Einschränkung der im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern angegebenen Subunternehmer vor.

Dass es im Angebot eines Bieters daher zur Nennung mehrerer Subunternehmer - und zwar wie konkret beim Antragsteller auch durchaus für ein und dieselbe Leistungsgruppe - kommen kann, ist somit in den dies vorsehenden Ausschreibungsbestimmungen begründet und durch diese bedingt. So spricht auch die angebotsprüfende C\*\*\* in ihrem Telefax an den Antragsteller vom 14.8.2009 von einem "Feld" möglicher Subunternehmer.

Dass daher aus einer - in Entsprechung dieser Ausschreibungsvorgabe - von einem Bieter namhaft gemachten Mehrzahl von Subunternehmern jedenfalls nicht auf die dem Bieter fehlende Leistungsfähigkeit geschlossen werden kann, wie der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 5.1.2010 sinngemäß vermeint, liegt auf der Hand. In diesem Zusammenhang hat auch der Antragsteller (G\*\*\*) in der mündlichen Verhandlung plausibel ausgeführt, dass der Antragsteller- wenngleich er zur Ausführung der in Rede stehenden, dem Subunternehmer zugewiesenen Tätigkeiten grundsätzlich selbst in der Lage wäre und derartige Tätigkeiten auch selbst vornehme - dessen ungeachtet zum Zweck der Fokussierung seiner Kapazitäten auch immer wieder Subunternehmer einsetzen würde. (Vgl. auch Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 9, wonach ein - wie im vorliegenden Fall - nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigter Subunternehmer etwa sinnvoll ist, um möglichen Kapazitätsengpässen vorzubeugen). Dass daher aus einer - in Entsprechung dieser Ausschreibungsvorgabe - von einem Bieter namhaft gemachten Mehrzahl von Subunternehmern jedenfalls nicht auf die dem Bieter fehlende Leistungsfähigkeit geschlossen werden kann, wie der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 5.1.2010 sinngemäß vermeint, liegt auf der Hand. In diesem Zusammenhang hat auch der Antragsteller (G\*\*\*) in der mündlichen Verhandlung plausibel ausgeführt, dass der Antragsteller- wenngleich er zur Ausführung der in Rede stehenden, dem Subunternehmer zugewiesenen Tätigkeiten grundsätzlich selbst in der Lage wäre und derartige Tätigkeiten auch selbst vornehme - dessen ungeachtet zum Zweck der Fokussierung seiner Kapazitäten auch immer wieder Subunternehmer einsetzen würde. (Vgl. auch Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 9, wonach ein - wie im vorliegenden Fall - nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigter Subunternehmer etwa sinnvoll ist, um möglichen Kapazitätsengpässen vorzubeugen).

Aber auch für den nach der erfolgten Eingrenzung seiner Subunternehmer "verbliebenen" Subunternehmer D\*\*\* wurde die technische Leistungsfähigkeit vom Antragsteller durch Vorlage entsprechender Nachweise fristgerecht und ausschreibungskonform nachgewiesen:

Wie erwähnt, begründete der Antragsteller in seinem E-Mail an die C\*\*\* vom 20.8.2009 die ihm bis zu diesem Termin nicht mögliche Erstellung der Unterlagen für seine Subunternehmer (Anm.: Die Eingrenzung der im Angebot angegebenen Subunternehmer auf die D\*\*\* erfolgte erst zu einem späteren Zeitpunkt, siehe oben) mit den Betriebsurlauben seiner Subunternehmer. Seitens der C\*\*\* erfolgte auf das E-Mail des Antragstellers vom 20.8.2009 - wie auch in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten wurde - keine Reaktion und wurde auch kein Einwand dagegen erhoben, dass diese Unterlagen vom Antragsteller ehestmöglich nachgereicht würden. Wie erwähnt, begründete der Antragsteller in seinem E-Mail an die C\*\*\* vom 20.8.2009 die ihm bis zu diesem Termin nicht mögliche Erstellung der Unterlagen für seine Subunternehmer Anmerkung, Die Eingrenzung der im Angebot angegebenen Subunternehmer auf die D\*\*\* erfolgte erst zu einem späteren Zeitpunkt, siehe oben) mit den Betriebsurlauben seiner Subunternehmer. Seitens der C\*\*\* erfolgte auf das E-Mail des Antragstellers vom 20.8.2009 - wie auch in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten wurde - keine Reaktion und wurde auch kein Einwand dagegen erhoben, dass diese Unterlagen vom Antragsteller ehestmöglich nachgereicht würden.

Abgesehen davon, hat der Antragsteller die für den Subunternehmer D\*\*\* nach der Ausschreibung erforderlichen Unterlagen jedoch ohnehin nach erstmaliger Aufforderung und bereits am 27.8.2009, somit lediglich zwei Werktage

nach Ablauf der in der Ausschreibung vorgesehenen Frist von sieben Werktagen, vorgelegt. (Die C\*\*\* hatte in ihrem Telefax vom 14.8.2009 die Frist zur Unterlagenvorlage ausschreibungswidriger Weise verkürzt, siehe oben).

Mit dem bereits erwähnten E-Mail vom 27.8.2009 übermittelte der Antragsteller der C\*\*\* nämlich auch eine umfangreiche Liste über von der D\*\*\* ausgeführte (Fischbauch)lamellenkonstruktionen.

Am 27.8.2009 und am 2.9.2009 nahm die C\*\*\* telefonisch Kontakt mit der D\*\*\* - nicht aber mit dem Antragsteller - auf und ersuchte diese um Zusendung einer Liste mit Ansprechpartnern und Telefonnummern [siehe "Übersicht der Kontakte zur Erlangung einer Referenzliste der D\*\*\* (SUB der A\*\*\*) sowie die handschriftliche Gesprächsnotiz der C\*\*\* vom 27.8.2009 (J\*\*\*) und den darin für den 2.9.2009 bei der D\*\*\* vorgemerkten Wiederanruf].

Der Antragsteller selbst wurde, wie ebenfalls aus der von der C\*\*\* erstellten "Übersicht der Kontakte zur Erlangung einer Referenzliste der D\*\*\*" hervorgeht und auch in der mündlichen Verhandlung nicht in Abrede gestellt wurde, erstmalig in der Besprechung mit der C\*\*\* zur vertieften Angebotsprüfung vom 9.9.2009 zur Übermittlung einer Referenzliste mit Ansprechpartnern und Telefonnummern des Subunternehmers D\*\*\* aufgefordert. Hierfür wurde dem Antragsteller eine Frist bis 17.9.2009 gesetzt. [Vgl. auch das dies bestätigende E-Mail der C\*\*\* (E\*\*\*) an den Antragsteller vom 15.9.2009].

Mit E-Mail vom 17.9.2009, sohin fristgerecht, übermittelte der Antragsteller der C\*\*\* die gewünschte, mit den Angaben der Ansprechpartner und den Telefonnummern versehene Liste für seinen Subunternehmer D\*\*\*.

Als Ansprechpartner mit den jeweiligen Telefonnummern waren in dieser Liste die damaligen Hauptauftragnehmer, für die die D\*\*\* die Leistung als Subunternehmer erbracht hatte, angeführt. Dies ist, entgegen dem Dafürhalten der C\*\*\*, die in ihrer "Übersicht der Kontakte zur Erlangung einer Referenzliste der D\*\*\*" bemängelt, dass der Hauptauftragnehmer und nicht der Architekt oder Bauherr angegeben worden seien, nach den Vorgaben der Ausschreibung nicht zu beanstanden.

Da das Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Subunternehmer, nicht aber zwischen dem Bauherrn und dem Subunternehmer zu Stande kommt, erbringt der Subunternehmer seine Leistung gegenüber dem Hauptauftragnehmer. Infolgedessen ist auch der Hauptauftragnehmer und nicht der Bauherr, wie von der C\*\*\* im Aufforderungsschreiben vom 14.8.2009 angenommen wurde, als im Sinne des Pkt. 13 der Beilage i) der Ausschreibungsunterlagen ("Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge") anzugebender Leistungsempfänger anzusehen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die von der C\*\*\* direkt beim Subunternehmer D\*\*\* vorgenommenen telefonischen Urgenzen um Übermittlung einer um die Angaben der Ansprechpartner mit Telefonnummern ergänzten Liste außer Betracht zu bleiben haben.

Unter dem Unternehmer, der iSd Ausschreibung und iSd Regelung des § 70 Abs. 3 BVergG vom Auftraggeber zur Urkundenvorlage aufgefordert werden kann, ist nämlich der Bieter und nicht der in keinerlei vertraglichen oder auch nur vorvertraglichen Zustand mit dem Auftraggeber eintretende Subunternehmer eines Bieters zu verstehen. Unter dem Unternehmer, der iSd Ausschreibung und iSd Regelung des Paragraph 70, Absatz 3, BVergG vom Auftraggeber zur Urkundenvorlage aufgefordert werden kann, ist nämlich der Bieter und nicht der in keinerlei vertraglichen oder auch nur vorvertraglichen Zustand mit dem Auftraggeber eintretende Subunternehmer eines Bieters zu verstehen.

Wie die dargestellte zeitliche Abfolge zeigt, ist der Antragsteller der Aufforderung der C\*\*\* zur Urkundenvorlage im Bezug auf seinen Subunternehmer D\*\*\* demnach fristgerecht nachgekommen, sodass auch der vom Auftraggeber heran gezogene "fakultative" Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG (Unterlassung der verlangten Aufklärungen innerhalb der gestellten Frist) keinen Anwendungsbereich gehabt hätte. Wie die dargestellte zeitliche Abfolge zeigt, ist der Antragsteller der Aufforderung der C\*\*\* zur Urkundenvorlage im Bezug auf seinen Subunternehmer D\*\*\* demnach fristgerecht nachgekommen, sodass auch der vom Auftraggeber heran gezogene "fakultative" Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG (Unterlassung der verlangten Aufklärungen innerhalb der gestellten Frist) keinen Anwendungsbereich gehabt hätte.

Aber auch in inhaltlicher Hinsicht entsprechen die vom Antragsteller der C\*\*\* mit E-Mail vom 17.9.2009 für seinen Subunternehmer D\*\*\* zur Verfügung gestellten Unterlagen den bestandsfesten Ausschreibungsvorgaben:

Gemäß § 83 2. Satz BVergG ist die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische und finanzielle und wirtschaftliche

Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 besitzt. Gemäß Paragraph 83, 2. Satz BVergG ist die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische und finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 besitzt.

Dementsprechend wird in Pkt. 7 der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" in Übereinstimmung mit § 83 BVergG normiert, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nur insoweit zulässig ist, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Dementsprechend wird in Pkt. 7 der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" in Übereinstimmung mit Paragraph 83, BVergG normiert, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nur insoweit zulässig ist, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

Mit der Unterfertigung des einen Angebotsbestandteil bildenden "Antrages auf Genehmigung von Subunternehmern", Beilage h) der Ausschreibungsunterlagen, gibt der Bieter folgende Erklärung ab: "Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmen die erforderliche Eignung (Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit) im Sinne von § 83 BVergG 2006 für die Ausführung des auf das jeweilige Unternehmen entfallenden Leistungsteiles besitzt. Ich werde auch für diese Unternehmen die entsprechenden Eignungsnachweise betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit über Aufforderung innerhalb von sieben Werktagen erbringen..." Mit der Unterfertigung des einen Angebotsbestandteil bildenden "Antrages auf Genehmigung von Subunternehmern", Beilage h) der Ausschreibungsunterlagen, gibt der Bieter folgende Erklärung ab: "Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmen die erforderliche Eignung (Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit) im Sinne von Paragraph 83, BVergG 2006 für die Ausführung des auf das jeweilige Unternehmen entfallenden Leistungsteiles besitzt. Ich werde auch für diese Unternehmen die entsprechenden Eignungsnachweise betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit über Aufforderung innerhalb von sieben Werktagen erbringen..."

Nach der Regelung des § 83 BVergG und der dieser entsprechenden bzw. auf diese verweisenden Ausschreibungsregelung ist die technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers für den diesem übertragenen Leistungsteil nachzuweisen. Das Gesetz und die Ausschreibungsbestimmungen fordern die technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers demnach "nur" für den von diesem übernommenen Leistungsteil ein (vgl. demgegenüber noch § 70 Abs. 1, 2. Satz BVergG 2002, wonach die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig war, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 besessen hat). Nach der Regelung des Paragraph 83, BVergG und der dieser entsprechenden bzw. auf diese verweisenden Ausschreibungsregelung ist die technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers für den diesem übertragenen Leistungsteil nachzuweisen. Das Gesetz und die Ausschreibungsbestimmungen fordern die technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers demnach "nur" für den von diesem übernommenen Leistungsteil ein vergleiche demgegenüber noch Paragraph 70, Absatz eins, 2, Satz BVergG 2002, wonach die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig war, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 55, besessen hat).

Die mit der Unterfertigung des Antrages auf Genehmigung von Subunternehmern durch den Bieter übernommene Verpflichtung, auch für die Subunternehmer die entsprechenden Eignungsnachweise über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen zu erbringen, bezieht sich somit auf die Vorlage der Nachweise zur Darlegung der zur Ausführung des auf den Subunternehmer entfallenden Leistungsteiles erforderlichen Eignung.

Eine über den für den übernommenen Leistungsteil des Subunternehmers hinausgehende Eignung (technische Leistungsfähigkeit) ist vom Subunternehmer nicht zu erbringen und daher auch nicht nachzuweisen. Die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers soll - wie eingangs ausgeführt - nämlich nicht durch seinen Subunternehmer D\*\*\* substituiert werden, sondern erfüllt der Antragsteller vielmehr selbst die in der Ausschreibung normierten

Anforderungen.

Zu dem vom Antragsteller seinem Subunternehmer D\*\*\* zugedachten Leistungsbereich der LG 57 erläuterte die C\*\*\* (E\*\*\*) in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit den entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses, dass es sich hierbei um die Herstellung eines beweglichen außenliegenden Sonnenschutzes aus Lamellen handle, der pro Büro installiert werden solle. Eine solche Einheit bestehe aus sechs Lamellen mit einem Motor. In geringerem Ausmaß sei auch die Anbringung von Innenlamellen Bestandteil der LG 57.

Wie im Protokoll über die Besprechung zur vertieften Angebotsprüfung mit dem Antragsteller (Pkt. 1) vom 9.9.2009 festgehalten und in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurde, soll die Fertigung der gesamten Anlagen einschließlich aller Oberflächen und sämtlicher Technik durch die D\*\*\* erfolgen. Die Montage der von der D\*\*\* vorgefertigten Anlagen soll sodann ausschließlich vom Antragsteller unter Heranziehung seines eigenen Personals unter Mitarbeit der D\*\*\* vorgenommen werden. Der Antragsteller (G\*\*\*) erläuterte in der mündlichen Verhandlung hierzu weiter, dass sich die Mitarbeit der D\*\*\* dabei auf die Vornahme einer Einschulung beschränkt und die D\*\*\* bei der weiteren Montage überwiegend nicht mehr anwesend ist.

Mit der aufforderungs- und fristgemäß vorgelegten, um die Angaben der Ansprechpartner mit Telefonnummern ergänzten Referenzliste für die D\*\*\* - als einem schwerpunktmäßig auf den Bereich der Lamellentechnik spezialisierten Unternehmen - hat der Antragsteller die für den von der D\*\*\* zugewiesenen Leistungsteil erforderliche technische Leistungsfähigkeit jedenfalls nachgewiesen. Dies, zumal es sich bei den in der Referenzaufstellung der D\*\*\* aufscheinenden Bauvorhaben durchgängig um auf dem Gebiet der Lamellentechnikkonstruktion durchgeführte, somit um in Beziehung zum vom Subunternehmer D\*\*\* übernommenen Leistungsteil stehende Bauvorhaben handelt.

Das im Bezug auf den Antragsteller Gesagte, dass keine nachträglichen, von der Ausschreibung abweichenden Anforderungen eingezogen werden dürfen, gilt auch für den Subunternehmer. Daraus folgt das Gebot der Beschränkung des technischen Eignungsnachweises auf den vom Subunternehmer durchzuführenden Leistungsteil. Da die technische Leistungsfähigkeit des Subunternehmers in Bezug auf den von ihm übernommenen Leistungsteil gegeben sein muss, ist dessen technische Leistungsfähigkeit insofern durchaus auftragsbezogen, nämlich auf den übernommenen Subauftragsteil bezogen, zu prüfen. Diese Beurteilung führt, wie dargelegt, zu dem Ergebnis, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit der D\*\*\* erfüllt ist. Eine darüber hinausgehende Vergleichbarkeit der Referenzanlagen, etwa iSd Übereinstimmung der Auftragssumme der Referenzprojekte des Subunternehmers mit dem (Gesamt)auftragswert des zu vergebenden Auftrages oder mit der konkret zur Anwendung kommenden Art der Lamellenkonstruktion, kann hingegen nicht verlangt werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Aufforderung der C\*\*\* zur Unterlagenvorlage vom 14.8.2009 demnach nicht nur in Bezug auf die Festsetzung der Länge der Vorlagefrist, sondern in mehrfacher Hinsicht ausschreibungswidrig war.

Schlussfolgerung:

Die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers ist gegeben. Das Angebot des Antragstellers wurde daher vom Auftraggeber zu Unrecht sowohl mangels fehlender technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG als auch mangels vollständiger Unterlagenvorlage gemäß § 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden, sodass das Ausscheiden des Angebotes für nichtig zu erklären war. Die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers ist gegeben. Das Angebot des Antragstellers wurde daher vom Auftraggeber zu Unrecht sowohl mangels fehlender technischer Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG als auch mangels vollständiger Unterlagenvorlage gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden, sodass das Ausscheiden des Angebotes für nichtig zu erklären war.

Wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, wäre die Zuschlagsentscheidung sohin unter Einbeziehung des unberechtigterweise ausgeschiedenen Angebotes des Antragstellers zu treffen gewesen und ist daher schon aus diesem Grunde rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit ist iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, zumal der Antragsteller das preisgünstigste Angebot des Vergabeverfahrens gelegt und kein Bieter von der Möglichkeit der Verkürzung der Mindestgewährleistungsfrist Gebrauch gemacht hat. Die Zuschlagsentscheidung war daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären, sodass auf allfällige Begründungsmängel nicht mehr einzugehen war. Wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, wäre die

Zuschlagsentscheidung sohin unter Einbeziehung des unberechtigterweise ausgeschiedenen Angebotes des Antragstellers zu treffen gewesen und ist daher schon aus diesem Grunde rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit ist iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, zumal der Antragsteller das preisgünstigste Angebot des Vergabeverfahrens gelegt und kein Bieter von der Möglichkeit der Verkürzung der Mindestgewährleistungsfrist Gebrauch gemacht hat. Die Zuschlagsentscheidung war daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären, sodass auf allfällige Begründungsmängel nicht mehr einzugehen war.

1. b)Litera b

Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG ist für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG ist für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß §§ 12 und 180 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten. Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß Paragraphen 12 und 180 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten.

Da das verfahrensgegenständliche Los dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist, kommt die Pauschalgebühr für den Unterschwellenbereich für Bauaufträge zur Anwendung. Vom Antragsteller wurden dem entsprechend Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.750,-- (Euro 2.500,-- für den Nachprüfungsantrag und Euro 1.250,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber.

Da sowohl dem Nachprüfungsantrag als auch, wie in der Begründung eingangs angemerkt, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (letzterem teilweise) stattgegeben wurde, hat der Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner für den Nachprüfungsantrag (Euro 2.500,--) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Euro 1.250,--) entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.750,-- durch den Auftraggeber.

Über den Pauschalgebührenersatz hinaus kennt das Bundesvergabegesetz jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten zuständig wäre (vgl. BVA 11.4.2006, N/0001- BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 ua). Der Antrag, den Auftraggeber zum Ersatz der

Verfahrenskosten sowie der Kosten für das Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, war daher - letzterer, soweit hierunter über die Pauschalgebühren hinausgehende Kosten zu verstehen sein sollten - abzuweisen. Über den Pauschalgebührenersatz hinaus kennt das Bundesvergabegesetz jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten zuständig wäre (vergleiche BVA 11.4.2006, N/0001- BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 ua). Der Antrag, den Auftraggeber zum Ersatz der Verfahrenskosten sowie der Kosten für das Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, war daher - letzterer, soweit hierunter über die Pauschalgebühren hinausgehende Kosten zu verstehen sein sollten - abzuweisen.

**Zuletzt aktualisiert am**

10.05.2010

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)